

POR
DON BALTASAR ALVAREZ de Toledo Ponce de Leon, Conde de Cedillo.

CON

Don Francisco Antonio de Medina y Toledo.

SOBRE

La tenuta, y possession del mayorazgo que fundò Don Bernardino de Toledo y Alcaraz, Canonigo, y Maestre Escuela que fue de la Santa Iglesia de Toledo.

1 EL hecho breuemente referido, ha passado en esta forma.

2 El Canonigo Don Bernardino de Toledo, num. 2. del arbol, en 14. de Diziembre de 1542. fundò vinculo, y mayorazgo de ciertos bienes que expressa, al qual llamò en primero lugar a Antonio Aluarez de Toledo su sobrino, num. 8. y a su hijo

mayor legitimo, y a sus hijos, y descendientes por forma regular.

3 Y no dexando hijos, y descendientes legitimos, llamò a Luis Ponce de Leon su sobrino, *num*. 6. hijo de Antonio Aluarez de Toledo, y de D. Maria Ponce de Leon, *n*. 3. y a sus hijos, y descendientes, en la forma que auia llamado a los de Antonio Aluarez.

4 Y con condicion, que no teniendo Luis Ponce hijos legitimos, a falta dellos sucediesse en los bienes desta dicha donacion el hijo segundo de el que a la sazon fuere posseedor de los bienes del mayorazgo que instituyò Hernando Aluarez de Toledo, y aora tiene, y possee el señor D. Hernando Aluarez de Toledo Ponce de Leon mi sobrino, *num*. 5. hermano del dicho Don Luis Ponce, Señor de las Villas de Cedillo, y Mançaneque. Y que si el dicho posseedor del dicho mayorazgo no dexare mas de vn hijo, èl suceda en los dichos bienes desta donacion, y los tenga, y possea, y despues dèl su hijo segundo, &c.

5 Y con condicion, que pueda añadir, y menguar, reuocar, y declarar en todo, ò en parte esta dicha donacion cada, y quando que me pareciere, y fuere mi voluntad.

6 En virtud desta reserua, en 25. de Agosto de 1543. hizo otra escritura de fundacion, en que entra refiriendo los llamamientos que auia hecho en la primera, assi de Antonio Aluarez, y sus hijos, como de Don Luis Ponce, y los suyos, y como en falta dellos auia llamado al hijo segundo del que a la sazon fuesse posseedor del mayorazgo que auia fundado Hernando Aluarez de Toledo, y prosigue poniendo la clausula que dà motiuo a este pleito, que dize assi.

7 *E porque el dicho Luis Ponce de Leon fallecio sin dexar hijos, ni descendientes legitimos, y de ligitimo matrimonio nacidos, y procreados, por tanto, en lo que toca a los dichos capitulos, quiero que se tenga, guarde, y cumpla la orden siguiente. Que si vos el dicho Antonio Aluarez de Toledo no dexaredes hijos, è hijas, è descendientes legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, è procreados, è dexandolos, aquellos tales, y los que sucedieren, fallecieren en qualquier tiempo, sin dexar hijos, y descendientes legitimos, è naturales, y de legitimo matrimonio nacidos, y*

pro-

procreados de vos, ò dellos, en tal caso suceda en los dichos bienes de la dicha donacion, el posseedor que a la sazon fuere del mayorazgo que instituyo el dicho Hernando Aluarez de Toledo mi señor, y padre.

8 El modo con que ha discurrido la sucesion, y los pleitos que ha auido entre los Condes de Cedillo, y los que han pretendido por descendientes del hijo segundo, hā passado en esta forma.

9 El primer sucessor fue Antonio Aluarez de Toledo, primero llamado, *num.* 8. del arbol, y este muriò sin descendientes.

10 El segundo sucessor fue Don Antonio Aluarez de Toledo, *num.* 7. como posseedor, y señor que e ra de la Casa de Cedillo, y sucediò llanamente, y sin pleito alguno hasta que murio.

11 Don Antonio, *num.* 7. tuuo, y dexò al tiempo de su muerte tres hijos, que fueron Don Antonio, *num.* 9. que fue el mayor, y Conde de Cedillo, Don Diego Ponce, *num.* 10. que fue el hijo segundo, y Don Gabriel de Toledo, *num.* 11. que fue el hermano tercero. En el Estado de Cedillo sucediò Don Antonio como hijo mayor; y en este mayorazgo del Canonigo sucediò Don Diego, *num.* 10. como hijo segundo de la Casa de Cedillo, que vino a ser el tercero sucessor.

12 Muriò Don Diego sin hijos, y aqui fue el primer pleito que huuo sobre la inteligencia de las palabras de la clausula del *numer.* 7. porque pretendieron esta sucesion Don Gabriel de Toledo, *num.* 11. hijo, y hermano tercero, y Don Antonio Aluarez de Toledo, *nu.* 9. como Conde de Cedillo, y posseedor de aquella Casa. Alegaua D. Gabriel, que auiendo muerto Don Diego su hermano segundo, el de hijo tercero se auia hecho segundo, y asi se verificaua en su persona el llamamiento que auia de hijo segundo en la Casa de Cedillo, y dezia tambien, que Don Antonio Aluarez de Toledo su padre, *num.* 7. auia sucedido en este mayorazgo, y que para auer de suceder el Conde de Cedillo, auian de auer faltado sin descendiētes los que huuiessen sucedido en el mayorazgo, y que aqui no estaua cumplida la con-

condicion pues èl era descendiente de Don Antonio, como su hijo tercero, que antes auia sido, y aora es segundo, por la muerte de su hermano.

13 Negaua el Conde Don Antonio estos supuestos, y dezia que a èl le tocaua la sucessiõ expressa, y literalmente por la clausula, pues en ella estaua llamado expressamẽte el Señor de la Casa de Cedillo debaxo de dos calidades. La vna, que huuiesse faltado la descendencia de Don Antonio Aluarez primero llamado. Y la segunda, morir sin dexar descendientes el que sucediere en èl, y que ambas estauan cumplidas, pues Don Antonio, *num*.8. auia muerto sin sucession, y que Don Diego, *num*.10. que auia sucedido como hijo segundo de la Casa de Cedillo, auia muerto sin descendientes, con que llanamente auia llegado el llamamiento del posseedor de la Casa de Cedillo, que èl lo era.

14 A este pleito saliò Doña Isabel de Toledo, *num*.13. como hija segunda de el Conde de Cedillo Don Antonio, coadjuuando el derecho de su padre, y por el suyo propio de hija segunda de la Casa de Cedillo, pretendiendo, que caso q̃ el mayorazgo se huuiesse de dar al hijo segundo desta casa, ella lo era, y en quien se auia de verificar el llamamiento, y darsele.

15 La sentencia del Consejo, fue dar la tenuta de este mayorazgo al Conde Don Antonio, *n*.9.

16 Muerto el Conde Don Antonio, se introduxo segundo pleito de tenuta, entre la misma Doña Isabel, *num*. 13. que como hija segunda de la Casa de Cedillo, pretendiò que se le auia de dar.

17 Opusose al pleito Don Antonio Ponce de Leon, *num*. 14. hijo de Don Gabriel, *num*. 11. que fue quien auia litigado en el primer pleito, pretendiendo Don Antonio, que èl representando a D. Gabriel su padre, venia a ser el hijo segundo de la Casa de Cedillo, y que era nieto de Don Antonio, *n*.7. Señor della, que auia sucedido, y que assi èl era el hijo segundo, a quien se le auia de dar.

18 Saliò tambien al pleito Don Eugenio Aluarez de Toledo, Conde de Cedillo, *num*.12. como padre, y legitimo Administrador de Don Baltasar Aluarez de Toledo, q̃ en-

entonces era su hijo segundo, y oy es Conde de Cedillo, por auer muerto su hermano mayor, pretendiendo el Con de don Eugenio, que don Baltasar su hijo era el hijo segundo verdadero del posseedor actual de la casa de Cedillo, y que assi à èl se le auia de dàr.

19 La sentencia del Consejo, fue dar la tenuta deste mayorazgo a doña Isabel de Toledo, num. 13. que vino a ser la quinta sucessora.

20 Doña Isabel tuuo dos hijos, que fueron don Pedro de Arauz, y doña Ana de Toledo, de los numeros 16. y 17. Don Pedro murio en vida de su madre, dexando por su hijo legitimo a don Luis Francisco de Arauz y Toledo, num. 18. el qual auiendo muerto doña Isabel su abuela, sucedio llanamente, y sin pleito alguno en el mayorazgo, y fue el sexto, y vltimo posseedor; y murio sin dexar hijos, ni descendientes algunos.

21 Y por su muerte se ha introduzido el pleito de tenuta, que oy ay que determinar, que es entre don Francisco Antonio de Medina y Toledo, num. 19. el qual como hijo de doña Ana de Toledo, num. 17. y nieto de doña Isabel, num. 13. pretēde, que ha de suceder en èl, lo vno por ser descendiente de la doña Isabel; y lo otro, porque està representando la calidad de secundogenita que ella tuuo.

22 El Conde de Cedillo don Baltasar Aluarez de Toledo pretende la tenuta, por dezir que es el posseedor de la casa de Cedillo; y que tiene literal, y expresso llamamiento, por auer muerto don Luis Francisco su vltimo posseedor, y sucessor dèl, sin dexar hijos, ni descendientes algunos; y que no le puede hazer competencia don Francisco del num. 19. porque ni èl tiene llamamiento, ni derecho de suceder por linea, ni en otra manera, porque la suya quedò postergada, y excluida luego que sucedio en este mayorazgo don Luis Francisco, y que este viene a ser caso decidido, y determinado ya por el pleito de la primera tenuta, sin que tenga circunstancia nueua alguna releuante, que alli virtualmente no concurriesse, y que assi sin tener necessidad de disputar de la justicia principal de las partes en fuerza de cosa juzgada, le ha de vencer.

23 Este hecho supuesto que es ajustado al pleito, el derecho del Conde se funda en dos articulos.

24 El vno, que tiene cosa juzgada en su fauor, que obsta a don Francisco, en fuerça de la qual le ha de vencer.

25 El otro, que quando la cosa juzgada cessara, y se huuiera de discutir el llamamiento de la clausula, es llano el del Conde, y la prelacion que en el ha de tener a don Frãcisco. Y aunq̃ este articulo deuiera ser el vltimo, lo pondremos primero, porque dè mejor inteligencia al de la cosa juzgada.

ARTICVLO PRIMERO.

26 Quando este pleito se huuiera de discutir de nueuo, segun su fundacion, es llana la justicia del Conde.

27 Porque siendo assi, que se ha de suceder por la segunda fundaciõ que hizo el Canonigo, porq̃ respecto de la reserua q̃ puso en la primera, para poder añadir, ò reuocarla en todo, ò en parte, pudo alterarla en lo que le pareciere, *l.* 24. *Taur.* vbi Tellus *num.* 4. Mier. *de maiorat.* 1. *p. q.* 48. *num.* 240. Noguer. *alleg.* 9. *num.* 46.

28 La altero aqui, que esso importan aquellas primeras palabras de la clausula, *Por tanto en lo que toca a los dichos capitulos, quiero que se tenga, guarde, y cumpla la orden siguiente*; porque la palabra, *Por tanto*, es ilatiua de lo antecedẽte, *l.* 3. in princip. *ff. de testib. l. & ideo, ff. de condit. furtiu.* D. Valençuel. *cons.* 97. *num.* 202. y ella con las demas que se le siguen, inducen nueuo derecho, y forma de suceder, argum. *cap.* 2. *& cap. Pastoralis, de re iudit. l.* 22. *tit.* 1. *part.* 7. vbi Gregor. *glos.* 9. D. Valençuel. *cons.* 151. *à nu.* 18. & cons. 85. à n. 21.

29 La qual consistio en que en los llamamientos que auia hecho en la primera fundacion, queriendo en la segũda fauorecer mas la casa de sus padres, y suya, que era la del posseedor del mayorazgo de Cedillo, dispuso, q̃ a qualquiera de los llamados en la primera, que sucediessen en este mayorazgo; si muriesse sin hijos, le sucediesse inmediatamente el posseedor de la casa de Cedillo, y que deste pos-

seedor

ſeedor boluieſſe à ſuceder el hijo ſegundo que tuuieſſe, y q̃ en èl ſe obſeruaſſe lo miſmo tantas quãtas vezes ſucedieſſe eſte caſo, que es la verdadera inteligencia de la clauſula.

30 Prueuanlo ſus palabras, la primera parte del diſcurſo en aquellas: *Que ſi vos el dicho Antonio Aluarez de Toledo no dexaredes hijos, e hijas, è deſcendiẽtes legitimos; &c. è dexandolos, aquellos tales, è los que ſucedierẽ*; porque la palabra, *los que ſucedieren*, ſe entiende de los que real, y verdaderamente ocuparen la poſſeſsion deſtos bienes, como afirman Alex. *conſ.* 1. *num.* 6. 7. *&* 9. verſ. *Tertio probatur, lib.* 1. Corne. *conſ.* 199. *numer.* 7. *lib.* 2. Gabr. *conſ.* 117. *num.* 7. *lib.* 1. Honded. *conſ.* 49. *num.* 37. *vol.* 2. Peregrin. *de fideicom. ar.* 15. *num.* 40. *& art.* 34. *num. er* 10. *&* 12. *fol.* 306. Caſanat. *conſil.* 16. *num.* 3. ibi: *Quia ex verbo ſuccedant, præſupponitur bona debere peruenire per fideicommiſſariam de parentibus prius ſuccedentibus in filias, nec ſufficit parentes poſſe in aliquo caſu ſuccedere, & poſsidere, niſi actualiter prius ſuccedant in eo caſu, in quo filiæ poſſunt, vel debent ſuccedere*, Fuſar. *quæſt.* 340. *num.* 3. *&* 8. *cum ſeqq.* Caſtill. *tom.* 5. *cap.* 96. *nu.* 33. Fontanel. *deciſ.* 166. *à n.* 6. *tom.* 1.

31 Y las que ſe ſiguen a ellas, que ſon: *Y los que ſucedieren, fallecieren en algun tiempo, ſin dexar hijos, ni deſcendientes legitimos, &c. y procreados de vos, ò dellos*; claras eſtan, en que es auer de morir eſte que realmente huuieſſe ſucedido, ſin dexar algunos hijos, Caſanat. *conſ.* 2. *num.* 41. *&* 42. Pereg. *conſil.* 28. *numer.* 8. *lib.* 1. Fuſar. *quæſt.* 415. *num.* 2. ibi: *Limitatur quando ſubſtitutio eſt concepta his verbis, ſi deceſerit ſine liberis, quia requiritur implementum vtriuſque conditionis mortis ſcilicet, & defectus filiorum.*

32 Y auiendoſe cumplido eſtos requiſitos, ò condiciones en el caſo deſte pleito; porque don Luis Franciſco de Arauz del *num.* 18. ſucedio con efecto como nieto, y deſcẽdiente por linea recta de doña Iſabel de Toledo, hija ſegunda de la caſa de Cedillo, y eſte murio ſin dexar hijos, ni deſcendientes algunos, entra literalmente el llamamiento del Conde de Cedillo en aquellas palabras: *En tal caſo ſuceda en los dichos bienes de la dicha donacion el poſſeedor que a la ſazon fuere del mayorazgo que inſtituyò el dicho Hernando Aluarez*

uarez de Toledo, mi señor, y padre, como en condicion semejante de auer sido llamado vn sucessor; y en caso de morir este sin hijos, otro substituto, resueluen Bald. *in l. præcibus, num.* 50. *C. de impuber*. Peregrin. *de fideicom. art*. 29. *num*. 9. & 11. y lo comprueua latamente Casanat. *dict. consil*. 16. *à n*. 1. *ad* 5.

33 Y teniendo el Conde claro, y literal llamamiento, como se vè, deue ser preferido a don Francisco Antonio de Medina del *num*. 19. que no le tiene claro, ni alguno, sino q̃ pretende por sentidos remotos; y estraños introduzirse en esta clausula, porque el llamado expressamente, se prefiere al que viene, y pretende suceder por conjecturas, Surd. *consil*. 403. *num*. 19. & 21. *lib*. 3. Cost. *in tract. de success. maiorat*. 2. *par. num*. 9. & 11. Peregrin. *artic*. 21. *num*. 41. & 44. Mantic. *lib*. 8. *tit*. 9. *numer*. 11. Castill. *tom*. 5. *cap*. 92. *num*. 32. ibi: *Quod quando ad successionem concurrunt duo, quorum vnus habet propriam verbi significationem, & alter licet sub eo nomine venire, comprahendique possit; hoc tamen fit per extẽsionem, interpratationem, aut coniecturam, tunc proculdubio dum extant illi, quibus verbi proprietas congruit, hi præferendi sunt, & hi qui veniunt per extensionem, vel interpretationem, vel coniecturam, tantum videntur vocati deficientibus primis, non verò illis extantibus.*

34 Y el que don Francisco Antonio de Medina pretẽde dar a la clausula, ni es ajustado, ni puede tolerarse, y es dezir.

Refierense las oposiciones de don Francisco Antonio de Medina.

35 Lo vno, que està en la linea contentiua del vltimo posseedor, como su primo hermano, y que se ha de preferir al Conde, que està en linea, y grado mas remoto, por la regla del *c*. 1. *de nat. succ. feud.*

36 Lo segundo, que aquellas palabras, *que sucedieren*, se han de entender de todos los que huuieren sido sucessores deste mayorazgo, y descendientes: demanera, que para auer de entrar el llamamiento del posseedor de la casa de

Ce-

Cedillo, han de auer faltado todos los descendienets de los que huuieren vna vez sucedido; y que èl es descendiente de doña Isabel, que sucedio, y està en su linea efectiua, y la representa, por lo qual ha de suceder primero que el Conde.

Respondese à ellas.

37 Pero se responde, y excluyen. La primera, que no procede quando consta que el fundador quiso otra cosa, è hizo llamamiento en otra persona, porque puede hazer transito de vna linea a otra, y quando ay especial llamamiẽto, hecho en esta forma, se prefiere, aunq̃ estè en linea mas remota, a los que estàn en la mas cercana, argum. *leg.* 45. *Taur.* ibi: *Saluo si otra cosa, &c. l. cum ita legatur*, §. *In fideicommisso*, ibi: *Primo hi, qui nominati sunt*, *ff. de legat.* 2. & tradunt Mantic. *de coniectur. libr.* 12. *titul. fin. numer.* 18. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 33. Surd. *consil.* 125. *à num.* 16. Menoch. *cons.* 200. *à num.* 20. Gratian. *tom.* 4. *cap.* 621. *à nu.* 3. Castill. *tom.* 5. *cap.* 93. *num.* 16. *in fin.* vers. *Hactenus, & nu.* 17. *in princip.*

38 Y estando aqui llamado el posseedor de la casa de Cedillo especial, y expressamente, y inmediatamente, luego que falleciesse el sucessor, sin dexar hijos, cessa la regla general de la continuacion de linea en los transuersales, por la voluntad del fundador, que no quiso que se continuasse en ellos, sino que fuesse al posseedor que a la sazon fuesse de la casa de Cedillo.

39 A la segunda oposicion se responde, que si esto fuera assi, no se viniera auer alterado nada, ni dispuesto de nueuo en la segunda fundacion, y estuuieran superfluas, y sin efecto las palabras en que dixo q̃ assi lo hazia, referidas num. 28. contra la *l. tunc cogendũ*, §. *Sabinus, ff. de procuratorib.* y era querernos reduzir a estar por la primera en todo, segun la qual se pudiera pretender lo que don Francisco propone; y fuera assimismo contra la verdadera inteligencia de la clausula que queda ponderada supra num. 29.

40 Lo segundo, que lo mismo pudieran pretender los descendientes de don Gabriel de Toledo, *num.* 11. que ay otros de mas de don Antonio, que litigò, como son sus hijos, y doña   su hermana, que no litigò,

y los suyos, porque se hallan descendientes de don Antonio Aluarez de Toledo, *numer.* 7. que sucedio en este mayorazgo efectiuamente, y tenian mejor linea, por auer entrado antes en la de don Antonio, *num.* 7. que en la de doña Isabel, *num.* 13. en conformidad de lo que sintio Castillo, *lib.* 5. *cap.* 95. *num.* 24. vers. *Quod atinet in fin.* ibi: *Sic sane descendentes ex primo vocato, qui primã lineam constituit, & in quam prius venit successio, potiores erunt in successione, etiam si remotiori gradu inueniãtur respectu vltimi possessoris, quia sunt de linea prima, & de ea ad aliam transitus fieri nequit, quovsque finiatur, & omnes ex ea descendentes deficiant;* y no piden nada, reconociendo su exclusion.

41 Lo tercero, que esta condicion negatiua de no tener hijos, que fue la que en esta clausula se puso, se refiere por su naturaleza regularmente al tiempo de la muerte, Menoch. *cons.* 496. *num.* 10. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 29. *num.* 19. & *cons.* 52. *num.* 5. *lib.* 1. Casanat. *consil.* 24. *num.* 1. 2. & 3. y a esse mismo tiempo lo reduxo el fundador en aquellas palabras: *Y los que sucedieren, fallecieren en qualquier tiẽpo sin dexar hijos*, en cuyo caso se atiende inuiolablemente el que èl señalò, Signorol. *cons.* 227. vers. *Præterea*, D. Valençuel. *cons.* 133. *n.* 8. *tom.* 2. ibi: *Nam existentia, seu implementum conditionis, aut defectus ipsius semper respicit tempus per contractum, aut vltimam dispositionẽ signatum, & præfixum*, con que concurre la regla, de que qualitas adiecta verbo intelligitur secundum tempus verbi, *l. in delictis*, §. *Si extraneus*, *ff. de noxalib. l. Titius*, *de milit. testam.* latamente Castil. *lib.* 5. *cap.* 9. *num.* 22. y la que se pone a la calidad de auer de ser sucessor, es precisso que se cumpla, siendo el grauado sucessor con efecto, y verificadose entonces la condicion, Roland. *cons.* 100. *num.* 27. *lib.* 2. Mantic. *de coniect. lib.* 11. *tit.* 6. *num.* 3. Castill. *d. cap.* 90. *n.* 23. & 24.

42 De que resulta, que segun la clausula propuesta en la segunda fundacion, el llamamiento del posseedor de Cedillo està hecho debaxo de dos calidades; la vna, que las personas a quien auia dado primer llamamiento en la primera fundacion, que eran Antonio Aluarez, y sus descendientes, y el hijo segundo de la casa de Cedillo, y los suyos

no le precediessen, sino es el q̃ llegasse a ser sucessor actual en el mayorazgo; la otra, que siendolo, muriesse sin dexar descendientes, y en este caso llamò al posseedor que a la sazon fuesse del Estado de Cedillo, y este es el que ha sucedido en la muerte de don Luis Francisco del *num.* 18. porque era descendiente por linea recta de doña Isabel *num.* 13. q̃ era hija segunda de la casa, llegò a suceder, y murio sin hijos; y siendo este el tiempo en que se ha de atender a la calidad del sucessor que se llama, se verifica en el Conde, como posseedor de la casa de Cedillo, y no en los primos hermanos, ni otros transversales del sucessor, con que don Franco no tiene aqui llamamiento, ni entrada.

43 Lo quarto, porque esta inteligencia es mas precisa, considerando la fuerça del fin de la clausula: *Y en tal caso suceda en los dichos bienes el posseedor que a la sazon fuere del mayorazgo de Cedillo*: en que se deuen notar las palabras, *en tal caso, y q̃ a la sazõ*, que la primera se puso a los grauados, y la palabra, *en tal casò*, es limitatiua, y restringe la disposicion al caso, tiempo, y personas en que habla, y no permite que se pueda entender de otras, aunque huuiesse igual razon, *l. in substitutione in fin. ff. de vulg.* D. Molin. *lib.* 5. *cap.* 5. *num.* 67. Menoch. *cons.* 97. *num.* 31. & allegat. *pro successione Regni* D. Valenç. *cons.* 97. *num.* 223. *pag.* 511. y las otras, *que à la sazon fuere posseedor de Cedillo*, que se pusieron al nueuo lugar, obran lo mismo, queriendo que quiẽ en aquella ocasion, y tiempo fuesse posseedor actual de la casa de Cedillo, esse sucediesse en el mayorazgo, y no otro alguno.

44 Lo quinto, porque considerados los llamamiẽtos, y forma desta sucesion, claramente se reconoce que el fundador quiso que se sucediesse en el por linea recta, que es la que en duda se presume siempre llamada, *l.* 2. *tit.* 15. *p.* 2. ibi: *Heredassen siempre aquellos que viniessen por la linea derecha*, Robles *de repræsentat. lib.* 2. *cap.* 30. *nu.* 41. Gutier. *practicar. lib.* 3. *quæst.* 67. *à num.* 17. Cald. Pereir *cons.* 15. *nu.* 16. & 17. Castill. *lib.* 5. *cap.* 95. *num.* 5. y no de la transversal, y inflexa, como latamente funda D. Valenç. *cons.* 97. *nu.* 7. & 8. Menoch. *cons.* 926. *nu.* 14. *lib.* 10. Mart. *in sum. succes. legal. part.* 2. *quæst.* 1. *art.* 3. *num.* 5. *fol.* 650. y esta linea derecha la van

con-

constituyendo todos los primogenitos, como van sucediẽdo, Menchaca *de succes. creat.* 3. *p.* §. 27. *num.* 20. Gutier. *lib.* 3. *pract. quæst.* 66. *num.* 6. Caldas *cons.* 15. *num.* 12. y en esta clausula procede mas esto sin duda; porq̃ en los q̃ llamò para sacar dellos la inclusion, ò exclusion de los siguientes, solo considerò para esto los que fuessen sucessores actuales, ibi: *Y los que sucedieren, fallecieren en qualquier tiempo, &c.* con q̃ no pudo constituirla quien no sucediesse en cõformidad de la resolucion del señor Molina *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* Robles *lib.* 2. *cap.* 30. *n.* 11. Castill. *d. cap.* 93. *n.* 6. & 7.

45 Y aunque doña Isabel de Toledo del *num.* 13. constituyò linea de possesion, por auer sucedido en este mayorazgo, pero no se ha de considerar oy su persona, ni aquel principio de linea que formò; porque luego como sucedio don Luis Francisco su nieto, del *num.* 18. aquella linea recta, y de sucesion, se continuò en èl, constituyendo èl nueua linea para alli adelante, y quedando postergada la de doña Ana de Toledo su tia, del *num.* 17. como lo notò Bald. *cons.* 200. *nu.* 2. *vol.* 5. en aquellas palabras: *Conclusum enim, & cnnsolidatum fuit feudum in vltimo masculo; ergo transit per eum in filiam hæredem suam, & non respicit retro ad gradũ destitutum,* y en las siguientes: *Item quod duo de linea proxime decedentes extant, retro ad alias lineas non est aspectus;* y asi resuelue, que se atienda la linea del vltimo posseedor, y respecto del, se ha de regular la sucesion, no de las otras lineas anteriores, aunque descendiessen tãbien de posseedor; lo mismo resueluen Castrens. *cons.* 47. *num.* 1. *vol.* 1. Ruin. *cons.* 9. *num.* 5. *vol.* 1. Raudens *cons.* 26. *num.* 14. & 15. *vol.* 1. Surd. *cons.* 317. *num.* 38. & 39. *lib.* 3. ibi: *At vbi feudum semel ex diuisione peruenit ad vnum ex fratribus, tum si deficiant masculi eius, ad quem peruenit, admittuntur fœminæ eiusdem lineæ, etiam si masculi extent ex fratre diuidente;* y mas adelãte: *Quod in feudo proximitas consideratur habito respectu ad vltimum feudi possessorem.*

46 Lo sexto, porque cada hijo constituye su linea derecha diferente, *cap.* 1. *de natur. succes. feud.* Ruin. *consil.* 98. *col.* 2. vers. *Sed præmisis non obstantibus, lib.* 1. Menoch. *consil.* 205. *num.* 19. & *cons.* 233. *num.* 20. *lib.* 3. & *lib.* 4. *præsumpt.*

88.

88.*num.*11.*& conſ.*926.*num.*11.*lib.*10.ibi:*Et quia ita ſecundum ius commune dicimus tot eſſe lineas quot ſunt filij, cum a quolibet filio incipiat linea directa, & linea hæc à noſtris vocatur effectiua, quam ſcilicet vnuſquiſque filiorum maſculorum maioratus poſſeſſorum conſtituit, atque eifficit.* Robles *lib.*3.*capit.*4.*num.*15. Caſtill.*lib.*5.*cap.*93.*num.*32.*col.* 2. *in princip.* y cada hermano conſtituye tambien ſu propia linea, Mier. 2.*part.quæſt.*7.*num.*13. & 14. Gutierr.*conſ.*13.*nu.*12. & *Canonicar.lib.*2.*cap.*14.*num.*55. y el hermano no es de la linea del hermano, ni de ſu lado, ni de ſu deſcendencia, Iſernia *in cap.*1.§.*Quin etiam, num.*2.*Epiſcop.vel Abbat.* Licerier. *de primogenitur.lib.*2.*quæſt.*4.*art.*6.verſ.*Si ergo mortuo,* Socin. *conſ.*33.*num.*8.*vol.*3. Decian.*conſ.*339.*num.* 3. & 4. *volum.* 2. Caſtill.*cap.* 91.*in fin.*

47 Porque entre ellos, en eſte caſo, ſe conſideran dos lineas, vna reſpeto del padre de quien deſcienden, y reſpeto dèl ſe dirà, que cada vno eſtà en ſu linea efectiua: pero entre ſi miſmos eſtan en linea tranſverſal, como ſingularmente prueba Menoch.*conſ.*1250.*à num.*25.*libr.* 13. illic: *A perſona a qua ipſi conſanguinei tranſverſales deſcenderunt oriuntur duæ lineæ deſcendentes directæ, quæ quidem deſcendentes faciunt, vnam tranſverſalem, vt in hoc exemplo, filij duorũ fratrum attinent ſibi lineam tranſverſalem, & tamen quilibet eorum deſcendit linea recta vnus in vna, & alius in alia habito reſpectu ad communem perſonam aui eorum, à quo deſcenderunt, & ſic ſunt in duabus lineis rectis deſcendentibus tamen inter ſe ſolum faciant vnam lineam tranſverſalem, in qua ſunt,* y lo refiere, y ſiguen Robles *de præſent.lib.*3.*c.*4.*nu.*16. Caſtill. *lib.*5.*d.c.*93.*n.*24.*col.*2.*poſt med.*

48 Y como ſe ha de regular la ſuceſsion, y la proximidad, reſpeto del vltimo poſſeedor, Caſtill.*cap.*93.§.13. y no del que antes del auia ſucedido, deſpues que ſucediò el vn hermano, no ſe puede el otro llamar de la linea efectiua ſuya, ſino de la tranſverſal, y conſiguientemente, no puede ſuceder.

49 Lo ſeptimo, por la reſoluciõ de Menoch.*conſ.*220. por todo èl, eſpecialmente deſde el *num.*88. haſta el fin, en que prueba, que en vn fideicomiſſo ſe llamò al primogenito de

el Conde Geronimo,y muriendo eſte ſin hijos,llamò al pri mogenito del Conde Federico, como propone en el *num.* 145.verſ.8.y fue la duda,ſi auiendo muerto el hijo primogenito ſin hijos,auia de ſuceder otro hermano ſecundogenito que tenia,que por auer muerto el quedaua primogenito,ò el ſubſtituto hijo de Federico,que auiá llamado, y reſuelue Menochio con muchos fundamentos que pondera,que el hijo ſegundo no ha de ſuceder,ni fue viſto darſele llamamiento,ni ſintiò del el Fundador pues no le llamò:pero que auiendole dado ſubſtituto expreſſamente al hijo primogenito de Geronimo, en aquel caſo auia de ſuceder el ſubſtituto,y no el hijo ſegundo de Geronimo,y le tiene por caſo llano,*d.n.* 145.verſ.8.

50 Lo octauo,porque auiendo ſido la fundacion del mayorazgo,no por aſcendiente comun,ſino trãſverſal, como lo era el Canonigo,es menor, y mas eſtrecha la comprehenſion de los llamamientos, Surd.*de aliment.tit.* 9.*q.* 28.*num.*18.Peregrin.*conſ.*64.*num.*4.Caſtill.*lib.*5.*c.*92.*nu.* 40.& 41.y muriendo ſin deſcendientes el de la linea recta, que ocupò la ſuceſsion,no ſuceden los tranſverſales,como ſe prueba *in cap. vnic. de benef. fratris*,ibi: *Si quis adquiſierit beneficium,& ſine filio maſculo mortuus fuerit, & fratrem reliquerit;frater non ſuccedat fratri,ſed dominus habeat, niſi per inueſtituram à domino ordinatum fuerit,vt frater ſuccedat fratri*,Riminald.*conſ.*741.*num.*21.& 22.*lib.*7.y lo comprueba latamente Caſtill.*lib.*5.*cap.*93.*num.*25.ibi: *Sic quoque ſi proponamus maioratus inſtitutionem factã eſſe à tranſverſali aliquo veluti à patruo magno, ab amita, vel alio conſanguineo, aut cognato quocumque,& vocaſſe cognatum, vel conſanguineum aliquem,& eius lineam,aut deſcendentes directe;& filiũ atque nepotem tantum,vel etiam de inceps alios ex primo vocato ſucceſsiſſe,& tandem vltimum eorum qui ſucceſsit abſque liberis,& deſcendentibus deceſsiſſe,tunc namque finitis deſcendentibus eius qui primo loco vocatus eſt,dubitari poſſet, an ſurſum aſcendi debeat,& inueſtigare, an eiuſdem primi vocati frater aliquis exiſtat,vel etiam ex eo deſcendentes adſint, vt finita ſcilicet omni linea ipſius primi vocati,alia linea quæri debeat,ſcilicet,*

licet, secundogeniti ab stipite, nempè à patre primi met eiusdem, qui primò loco successit, quod nonnulli contendere possent, ex cap. 1. de natur. succes. feud. &c. Y mas adelante: *Quod esset proculdubio contra decisionem, text. in cap. vnic. de benefic. fratr.*

51 Y aqui que no se llamò toda la linea, ni descendencia de vno, antes de dar llamamiento al Conde de Cedillo, sino que se reduxo la sucession, à que qualquiera que sucediesse, si muriesse sin hijos, viniesse al posseedor de Cedillo, no se ha de buscar al hermano del sucessor, ni al sobrino suyo, y mucho menos al primo hermano, como es Don Diego, que contra el Conde litiga, sino que inmediatamente, por auer muerto sin hijos el posseedor que fue Don Luis Francisco de Arauz, y ser mayorazgo fundado por transversal, ha de boluer a la Casa de Cedillo.

52 Ni obstarà dezir, que en lo vltimo de esta segunda fundacion 1. vers. Assimismo està llamado el hijo tercero de la Casa de Cedillo: con que se reconoce, que no solo se quiso llamar la linea del hijo segundo, sino discurrir por todos los hijos, y que segun aquella clausula se ha de entẽder esta, *l. qui filiabus, ff. de legat. 2.*

53 Porque se responde. Lo vno, que antes se retuerce el argumento contra la otra parte, porque si huuiera querido en los casos, y clausulas antecedentes discurrir por todos los hijos segundos, y terceros, lo huuiera dicho, como alli lo supo explicar: y pues no lo hizo, antes es presumpcion que no quiso, como respondiò Menochio en el caso semejante, *dict. cons. 220. num. 64. lib. 3.* illic: *Cæterum respondetur retorquendo hoc argumentum in aduersarium, quod, scilicèt, si voluisset testator in hac substitutione vocare etiam secundogenitum, id expressisset, sicuti expressit in ea substitutione facta D. Annibali*, y lo buelue a repetir *n. 87.*

54 Lo segundo se responde, que aquel caso es diferente, y de diuersa razon que este, porque en nuestra clausula ay solo el concurso del mayorazgo de Cedillo, y el del Canonigo, y entre ellos dispone: pero en esta vltima considerò el testador tres Casas, y mayorazgos, y la vna mayor q̃ la de Cedillo, y assi dize: *Y en caso que la Casa, y mayorazgo*

del

del dicho Hernando Aluarez de Toledo mi ſeñor, por caſamiẽto, ò en otra manera ſe junte con otra Caſa mayor, y de mas calidad, de forma, que el primero hijo deſte tal aya de heredar el principal mayorazgo, y el ſegundo herede el mayorazgo del dicho Hernando Aluarez, è por ſer ſegundo aya tambien de heredar los dichos bienes de la dicha donacion, ſe entienda, que deſpues de ſu vida, teniendo mas de vn hijo, herede el ſegundo los bienes donados, como dicho es, è deſta manera ſea la ſuceſsion de los bienes de la dicha donacion, y todas las vezes que ſemejantes caſos ſe ofrecieren, ſi huuiere tres hijos, en el caſo proximo deſte, que los bienes de la dicha donacion, vengan al tercero hijo, ò hija del poſſeedor, pues los otros hijos ha de auer cada vno ſu mayorazgo.

55 Y la regla es, que vna ſubſtitucion no recibe ſer, ni declaracion de otra, quando ſon de caſos de diferentes calidades, y condiciones, *l. ſub conditione, ff. de hæred. inſti.* Dec. *in l. 1. in fin. C. de impub. & conſ.* 593. *n.* 3. Menoch. *conſ.* 220. *num.* 88. ibi: *Secundo reſpondetur, quod tunc vna ſubſtitutio nõ recipit interpretationem ab alia, quando habet diuerſas qualitates, & conditiones*, ò quando tienen diuerſa razon, Caſanate *conſ.* 45. *num.* 163.

56 Eſpecialmente quando el Fundador ſe reduxo expreſſamente en la vltima clauſula al caſo de los tres mayorazgos en que auia hablado en ella, ibi: *En el caſo proximo deſte*, con que fue viſto, que en aquel caſo, y no en otro ſe entendieſſe que diſponia aſsi, ex dictis ſup. *num.* 43. cõ q̃ antes era viſto excluir al hijo tercero en los otros caſos por la *l. cum Prætor, ff. de iudic.* y la dotrina de Bald. *in l. 2. §. Videndum in fin. ff. ad Tertul.*

57 Y porque ceſſa la razon: porque ſi la clauſula fue, *que los otros hijos ha de auer cada vno ſu mayorazgo*, aqui que no los ay, ſino ſolo los dos de que auia hablado en la clauſula primera, ha de ceſſar en ella eſta diſpoſicion, *ex l. adigere, §. quamuis, ff. de iur. patronat.*

58 Lo nono, y vltimo, por la ſemejança que la clauſula de la fundacion tiene con la *l. 11. tit. 5. lib. 7. Recopil.* en la reuerſion a la Corona de las donaciones del ſeñor Rey Don Enrique Segundo, que alli propone, cuyas palabras fuerõ:

Pe-

Pero todavia que las aya por mayorazgo, y sinquen al hijo mayor de cada vno dellos, y si murieße sin hijo legitimo, que tornen sus bienes del que assi muriere a la Corona de nuestros Reynos, Y es resolucion constante de los DD. del Reyno en su explicacion, que solo se ha de atender a la linea del vltimo posseedor, no a las demas, aunque sea de hermano suyo, y aunque sean hijos, y nietos de otros sucessores, y assi muriendo el vltimo posseedor sin dexar hijos, aunque tenga hermano bueluē los bienes a la Corona, y no al hermano, que aunque el señor Molina dudò dello, por el pleito contrario que auia defendido, *lib.* 1. *cap.* 6. *à num.* 21. de sus fundamentos se reconoce que cede a esta sentencia, y resueluen por ella Palacios Rubios *in rubric. cap. per vestras,* §. 69. *à num.* 30. Gutierr. *lib.* 3. *pract. quæst.* 92. Flores de Mena *lib.* 1. *quæst.* 19. *à num.* 20. Paz *de tenut. cap.* 57. *à num.* 50. & 53. Ramon. *cons.* 93. *num.* 2. Castill. *lib.* 5. *cap.* 89. *à num.* 79. dando razon, que lo puede ser deste pleito, ibi: *Verba præfatæ clausulæ D. Regis Enrici adeo præcissa, & restricta esse, quod duntaxat respiciunt, & in consideratione habēdum statuunt, primogenitum vltimi possessoris, & descendentes eius, non vero fratres, licet ipsi mortuo fratre primogenito, in vita patris, eidem patri succedere possent, & primogeniti vocarētur respectu patris ipsius, vnusquisque suo gradu, & ordine. Mortuo itaque vltimo possessore filius eius primogenitus, & alius deinceps descendens, si filius deficiat, in maioratu, & bonis succedit, quod si filios, nec descendentes non habeat fratres, qui succedendi ius per existentiam fratris maioris primogeniti non habuerunt, perpetuo remanent ex clara expressaque legis illius dispositione exclusi, ac si nati nō fuissent filij eiusdem vltimi possessoris: nec amplius redire possunt ad ius illud, quod si pater viueret, & filius primogenitus frater eorum decederet, consequi possent.*

59 Con que el primer articulo queda llano en fauor del Conde, para que sin ayuda de la cosa juzgada que en su fauor tiene, sino que en lo riguroso de las clausulas; quando esto fuera la primera ocasion del pleito, se le auia de dar la tenuta, y no a Don Francisco de Arauz.

60 Pero tiene demas desto cosa juzgada en su fauor, con que haze su derecho indubitable, porque siendo assi, q̃ la sentencia de tenuta obra cosa juzgada para otra, Paz *de tenuta, cap.* 43. *à num.* 1. Valençuel. *cons.* 69. *à num.* 203. Addition. ad Molin. *lib.* 3. *cap.* 13 *num.* 22. Noguer. *allegat.* 25. *num.* 152.

61 El Conde pretende, que la tiene formal, y expressa en la determinacion de la tenuta del primero pleito, que huuo a este mayorazgo, que queda referido sup. *num.* 11. *ad* 15. y que concurren en este caso las tres identidades de la *l. cũ quæritur* 12. *cum seqq. ff. de except. rei iud.*

62 Y supuesto que estas no es necessario que sean verdaderamente las mismas, porque basta que concurran interpretatiuamente, Gloss. *in dict. l. cum quæritur*, verb. *concurrant*, ibi: *Vere vel interpretatiue*, a quien siguen Bart. *in* §. 1. *eiusdem leg.* Socin. *in l. rei iudicatæ, numer.* 2 *ff. eod.* Surd. *cons.* 312. *num.* 11. *lib.* 3 Menoch. *cons.* 390. *num.* 37. vers. *Respondetur quartus*, Ponte *cons.* 49. *num.* 4. *& cons.* 62. *num.* 32. *lib.* 1. Fab. de Anna *cons.* 53. *num.* 27. *& cons.* 99. *in fin. libr.* 1. Giurb. *decis.* 20. *nu.* 1. vers. *Attamem*, Capit. Galeot. *controuers.* 34. *num.* 11. *part.* 2. Dom. Larrea *decis.* 35. *numer.* 38. Aqui assisten todas.

63 La primera de la misma cosa, no tiene duda, porque se litiga en ambos pleitos, sobre el mismo mayorazgo que fundò el Canonigo.

64 La segunda de las personas tambien concurre, porque aunque se ayan mudado, basta que sean de la misma cõdicion, y calidad, *l. & an eadem* 14. *ff. de excep. rei iudic.* illic: *Et eadem conditio personarum*: y que interpretatiuamente se pueda considerar, que han sucedido en aquel derecho que alli se litigò, y que entre ellas oy incida la duda que entre aquellas se controuirtiò, como entendieron este punto Bart. *in dict. l. & an eadem* 14. §. *qui cum pater*, *ff. de exception. rei iudicat.* Socin. *consil.* 28. *numer.* 94. Crauet. *consil.* 747. *numer.* 37. *&* 38. Surdus *consil.* 311. *numer.* 12. Magonius *decis. Florent.* 34. *numer.* 9. Menoch. *cons.* 501. *numer.* 16.

Mier.

Mier.4.*part.quæst*.14.*num*.1.Gratian.*cap*.265.*numer*.1.D. Larrea *decis*.35.*num*.34.*in fin.& nu*.38. *per tot*.ibi: *Et quod attinet ad conditionem personarum recte,accipit glos.in dict.l.* 14.*non identitas vera personæ requiratur verum interpretatiua identitas ex qualitate,quoad successores actoris,& rei*. Et in fin.ibi: *Igitur si eandē conditionem prædecessorum veri,qui isti successores ex vtroque latere actoris, & rei videntur inducere, &c*.D.Valenç.*cons*.57.*à num*.46.ibi: *Includit eos etiam qui fuerint eiusdem qualitatis*, y Capit.Galeot.*decis*.34.*num*.11, *part*.2.añade,que en orden a hazerlos della,se han de interpretar largamente las palabras de la sentencia,concordando,en quanto se pudiere,la diferencia que se pretēdiere dar en cantidad,ò en la persona,ò cosa,ò calidad,para que tengan fin los pleitos.

64 Esto supuesto,la persona del Conde de Cedillo es la misma,por q̄ el Conde Don Antonio, *n*.9. litigò en aquel primero pleito,por ser Conde de Cedillo,que no huuo mas razon q̄ serlo, y posseedor de aquel Estado, y en este litiga el Conde Don Baltasar Aluarez de Toledo su nieto, *num*. 15.por serlo tambien de Cedillo. El Conde D.Antonio litigò,por auer muerto sin descendientes el sucessor deste mayorazgo,que fue alli Don Diego su hermano,*nu*.10. y aqui litiga el Conde Don Baltasar, por auer muerto el sucessor del mismo mayorazgo,que fue Don Luis Francisco de Arauz su sobrino,tambien sin auerlos dexado, sin que en el vno,y otro caso,en quanto a la persona de los dos Condes,se pueda considerar diferencia alguna en calidad, ni en circunstancia,que ni en vna,ni otra parte los pueda diferenciar.

65 En quanto a la otra parte,tenemos por muy ventaoso el primero a este,y por de mayor dificultad, porq̄ alli litigò D.Gabriel del *n*.11. que era hermano tercero delCōde,y del sucessor,pretēdiēdo,como queda propuesto sup.*n*. 12.que por auer muerto el hijo segundo,que era Don Diego,*num*.10.el se auia hecho,y era verdaderamente hermano segundo,en conformidad del *cap.nam,& ego,de verbor. significat*.D.Molin.*lib*.1.*cap*.5.*à num*.10.y en terminos que el hijo tercero,en tal caso,se haze segundo,Cephal. *consil*.

313.*num.*3.*&* 4.*lib.*3.Scoto *conf.*1.*nu.*229.*lib.*2.*tom.*1. Menoch.*conf.*981. *n.* 3. *lib.*9.Castill.*lib.*5.*cap.*93.§.1.*num.*42. *&* 43.que dize, que en el terciogenito se verificarà entonces el llamamiento de secundogenito, illic: *Et tertiogenitus dicitur secundogenitus sublato secundogenito, sic sane qui vocat secundogenitũ, qui tunc erit non videtur se ad aliquẽ secundogenitum restringere, sed vocare omnem, & quemcumque secundogenitum qui talis reperiatur tempore delatæ successionis, aut purificatæ conditionis*, especialmente juntando a esto la doctrina del señor Molin.*lib.*1.*cap.*6.*nu.*42. *&* 43. que impugnando la de Baldo, y otros que dixeron, que el secundogenito no se hazia primogenito, quando el primogenito auia llegado a suceder, dando a entender, que era necessario que huuiesse muerto el primogenito en vida del padre, y antes de auer sucedido, para que el secundogenito se cõstituyesse en su lugar, resuelue el señor Molin.*dict.*.*num.*43. que se pone en èl, aũque el primogenito muera despues de auer sucedido, con que el derecho de Don Gabriel era de mucha consideracion.

66 Pero aqui Don Francisco de Medina, del *n.* 19 q̃ litiga, no es hermano del vltimo posseedor, ni del Conde, sino sobrino del vno, y primo hermano del otro, y assi trãsversal mas remoto, y que no le assisten las doctrinas que se hã traido por Don Gabriel, ni las puede traer, para hazerse secundogenito de la Casa de Cedillo: con que es preciso que le cõsideremos por de derecho muy inferior, y que por mayor razon le ha de prejudicar la sentencia, Surd.*conf.*383. *n.*14.Monach.*decis.Lucens.*64.*à n.*35.

67 Replica Don Francisco, que es nieto de Doña Isabel, que sucediò como hija segunda, y que como tal constituyò esta linea segunda para todos sus descendientes, y que èl està en la linea efectiua, y que Don Gabriel, del *num.* 11. aunque sea hijo de Don Antonio, del *num.* 7. posseedor de la Casa de Cedillo, que tambien sucediò en este mayorazgo del Canonigo: pero que Don Antonio no pudo constituir linea de secundogenitos de la Casa de Cedillo, como Doña Isabel lo pudo hazer.

68 Este discurso se hizo por el Abogado de Don Fran-

cis-

cisco en la vista del pleito, pero no le comprobò con autoridades, que hagan diferente por ello este caso de aquel primero del pleito, ni que le diessen fuerça alguna, y se excluye.

68 Porq̃ aunque auiendo entrado este mayorazgo en el posseedor de la casa de Cedillo, tenga llamamiẽto el hijo, ò hija segundo suyo; y por este derecho, despues del Cõde don Antonio, *num.* 11. entrò a posseer doña Isabel, del *num.* 13. como su hija segunda; pero de alli adelante no tiene el hijo segundo del hijo segundo derecho, ni llamamiento alguno; ni el llamamiento del primer hijo segundo se puede extender a otro que decienda dèl, como consideran Roland. *consil.* 59. *numer.* 38. & 39. *lib.* 3. Castil. *tom.* 6. *cap.* 181. *num.* 24. *in fin.* 2. *col.* y en *la* 3. vers. *Ex quorum*, ibi: *Si exclusit filium primogenitum, & incluserit filium secundogenitũ, vel fœminam, talis exclusio cùm sit contra ius commune, nõ porrigitur vltra personas, vel casus specificatos.* Especialmente en este caso solo quiso q̃ se sucediesse por la linea primogenita, que es la que constituye el hijo primogenito, vt sup. num. 44. y el que en ella fuesse sucessor actual, *vt num.* 30. Y que sucediendo este, el hermano quedaua postergado, *vt in nu.* 46. porque cada hijo constituyò su linea, *vt nu.* 47. Y aunq̃ respecto del padre estã en la efectiua, pero entre si mismos estàn en la transversal, *vt in num.* 48. y en sucediendo el hijo primogenito, quedan de la trasversal precissamente, y aun postergado el segundo, como queda aduertido, y mas sin duda en fundacion de transversal, en que aun no puede suceder el hermano del transversal, *vt in num.* 51. como tãbien se excluye en la clausula Enriqueña, que es tan semejante a esta, *vt in num.* 58. Demanera, que el discurso queda conuencido por todas las autoridades, y resoluciones de estos uumeros.

70 Y el dezir que doña Isabel, del *num.* 13. constituyò linea de secundogenitos; y que don Antonio, del *num.* 7. no la pudo constituir, no es proposicion ajustada al derecho; porque los hijos son los q̃ constituyen las lineas de primogenitos, ò segundogenitos, como queda aduertido sup. nu. 47. y el padre, aunque es autor dellos, no es, ni se dize de la

 li-

linea de ninguno dellos, Ruin. *conſ.4.nu.1.& 2.vol.3.* y cõprueua latamente Caſtil. *lib.6.c.140.col.3.* verſ. *Tertio*, y en el *cap.9.n.84.* verſ. *Nec obſtat, fol.301.col.2.* & verſ. *Et hactenus*, donde funda, que linea nunquam incipit ab ea perſona, cuius eſſe dicitur, ſino del hijo, ò hija ſuyo, y ſegun la calidad dèl, ſerà, ò maſculina, ò femenina; con que ſi por autor, tanto lo fue don Antonio, del *num.7.* de hijo primero, ſegundo, y tercero, como doña Iſabel, del *num.13.* lo fue de hijo, è hija; y ſi para cõſtituir la linea de los hijos, ninguno la hizo, ſino los miſmos hijos: con que eſta diferencia q̃ ſe quiere dar, no ſe ajuſta, y conſiguientemente no ſe deue atender, quia qualitas non conſiderabilis, nunquam informat actum, nec debet mouere animum diſponentis, Iacob. Niger *de gradib. ſucced. c.19.n.40.*

71 Con que el ſegundo requiſito de ſer la miſma calidad de las perſonas, queda ajuſtado.

72 El tercero requiſito, para conſtituir la coſa juzgada, es litigarſe por el miſmo derecho, y eſte bien queda cõprobado, por lo que auemos dicho en el ſegundo de la calidad de las perſonas, porque ſe exemplifica en la *l. egi tecum*, verſ. *Sed ſi rurſus ita agam, l. ſi quis cum totum*, §. *Si ancillam*, verſ. *Et quidem, ff. de except. rei iudicat.* ibi: *Et quidem ita definiri poteſt, toties eamdem rem agi, quoties apud iudicem poſteriorem id quæritur, quod apud primum quæſitum eſt.* Y alli la Gloſ. verb. *Id quæritur*, ibi: *Eſſe eamdem rem, quia dependent ex eodem fonte, iam diſcuſſo, & deciſſo*, Paul. de Caſtr. *in d. l. ſi quis cum totum*, §. *Plane*, verſ. *Et generaliter*, ibi: *Quod & ſi res ſit diuerſa, ſi tamen venit diſceptandum, id quod prius per ſententiam inter eaſdem perſonas erat deciſſum, ſemper obſtauit exceptio.* Y muy bien Socin. *in l. fundum, ff. eod. 2. col. in princ.* verſ. *Ex hoc infero*, ibi: *Quòd quando cauſa, & res licet diuerſæ, quæ deducũtur in ſecũdo iudicio, habent dependentiã ab alijs cauſis, & rebus in primo iudicio deductis diſcuſsis, & deciſis, tũc obſtabit exceptio, quia omnia depẽdent ex eodẽ fonte iam deciſſo, ita non conſideratur diuerſitas rerum, ſed an eadem quæſtio inter eaſdem perſonas reuocetur, licet ſint res diuerſæ.* Lo miſmo dizen Corn. *conſ.126.col. penult. in fin.* verſ. *Inſuper dato, vol.4.* Ruin. *conſ.71.nu.4.* verſ. *Sed ad iſtud reſpondetur, vol.*

5.

228

5.Ponte *conf.49.à num.3.& conf.62.à num.35.*D.Valenç. *conf.68.à num.75.*Giurb.*decis.2.num.3.*Castill. *tom.5.cap.104.num.26.& 27.*Fontanell.*decis.126.num.10.& 12.*

73 Y las causas de pedir, y de defenderse en vno, y otro pleito, han sido las mismas, sin que se pueda dar razon alguna de diferencia, y asi obsta la cosa juzgada.

74 Y esta aprouecha no solo al que vence, sino y a los sucessores que vienen por el mismo derecho, y daña al vẽcido, y a los que vienẽ por el que èl proponia, como resuelven Rosent. *de feud.cap.9.membr.1.concl.27.n.14.*Ant.Monach.*de recta feud.interpretat.cap.45.à n.7.ad 11.& à n.87.ad 92.*Mier.4.*part.q.14.n.17.*Rouit.*conf.1.nu.33.*Cultell.*decis.23.num.6.*Fusar.*q.618.n.44.& q.622.*Castill. *tom.6.cap.147.à num.28.*con que ha de obstar a don Francisco, y quedar vencido por ella.

75 Y a lo menos quando en fuerça de cosa juzgada no le dañara, que si haze, nos auia de aprouechar mucho en fuerça de obseruãcia, è interpretacion, pues esta dà sentido, y inteligencia a las clausulas dudosas, como latissimamente prueua Castillo refiriendo a muchos *lib.5.cap.93.§.7.& 10.*Y no puede auer autoridad que iguale a la del Consejo, que en el primero pleito sintio, que muerto don Diego, del *nu.*10.sucessor deste mayorazgo, sin hijos, no auia de suceder don Gabriel su hermano, sino el posseedor de la casa de Cedillo, que es lo mismo que oy se suplica determine, y en caso de menos circunstancias, como se espera. Salua in omnibus, &c. D.V.D.C.

Juan Muriel